

REFLEXIONES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 108.3 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

REFLECTIONS IN RELATION TO ARTICLE 108.3 OF THE LAW
REGULATING THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JURISDICTION

José Vicente Mediavilla Cabo

Letrado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Técnico Urbanista

RESUMEN

El nuevo artículo 108.3 LJCA introduce en el ordenamiento jurídico español la obligación del órgano judicial de velar porque antes de la ejecución de sentencias que ordenen el derribo de inmuebles estén previamente garantizadas las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe titulares de derechos sobre los mismos.

Palabras clave: *Sentencia, inmueble, demolición, indemnización, garantía.*

ABSTRACT

The new article 108.3 LJCA introduces into the Spanish legal system the obligation of the justice court to ensure that prior to the execution of judgments ordering the demolition of real property, damages must be previously guaranteed due to bona fide third parties holding rights over them.

Keywords: *Judgment, property, demolition, compensation and warranty.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. RÉGIMEN TEMPORAL DE APLICACIÓN.
3. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA.
4. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR.
5. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN.
6. DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO.
7. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.
8. TERCEROS DE BUENA FE.
9. INDEMNIZACIONES DEBIDAS.
10. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN.
11. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El apartado tercero del artículo 108 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se introdujo vía adición por el apartado cuarto de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo primero que llama poderosamente la atención es que el Preámbulo de la LO 7/2015 omite cualquier referencia a la nueva regulación que introduce vía apartado tercero del artículo 108 en la LJCA. A diferencia de lo que acontece con el nuevo recurso de casación, introducido en la misma Ley Orgánica, respecto del cual el Preámbulo dedica tres párrafos a dar cuenta de la nueva regulación del sistema casacional con el fin de cumplir estrictamente su función nomofiláctica, como he señalado, el preámbulo omite cualquier referencia a los motivos o finalidad de la nueva regulación prevista en el art. 108.3 LJCA. La citada omisión no puede ser más que objeto de crítica, dado que resulta siempre conveniente que las exposiciones de motivos de los proyectos o los preámbulos de las leyes sirvan precisamente para conocer el alcance y fundamentación de las novedades que estas establecen, siendo esas consideraciones de gran valor o utilidad a efectos hermenéuticos para los operadores jurídicos, como ha señalado de forma reiterada del Tribunal Constitucional. Que un precepto que presenta numerosas dudas a la hora de su aplicación práctica, carezca de la más mínima consideración explicativa por parte del legislador en cuanto a su finalidad, motivación o justificación, no puede sino ser objeto de rechazo dado que nos priva de conocer al menos cuál fue la voluntad del legislador a la hora de decidir su incorporación al ordenamiento jurídico.

El artículo 108.3 LJCA dispone:

«El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe».

Muchas son las dudas interpretativas que surgen en la aplicación del precepto. Interesa conocer a qué concretos procedimientos de demolición le es de aplicación el mismo, qué se entiende por situación de peligro inminente, cuáles son

José Vicente Mediavilla Cabo

las garantías suficientes, las indemnizaciones debidas y los terceros de buena fe.

Con el fin de intentar despejarlas, aunque quizás en algún supuesto se incrementen, vamos a dar cuenta de las consideraciones que ha efectuado al respecto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en una serie de resoluciones judiciales y un análisis crítico de estas, siempre desde el respeto a una serie de decisiones judiciales que se podrán compartir o no desde el punto de vista jurídico pero de las que no cabe la menor duda de su rigor jurídico.

El artículo 108.3 LJCA se encuadra dentro del Capítulo IV del Título IV LJCA, relativo a la ejecución de las sentencias y en el que se concretan las exigencias constitucionales derivadas de los artículos 24, 117.3 y 118 CE.

Los pronunciamientos judiciales a los que vamos a hacer mención se dictan como consecuencia de la tramitación de varios procedimientos de ejecución de sentencias firmes en las que se anulan licencias de obras concedidas por el respectivo Ayuntamiento y se ordena la demolición de lo ilegalmente construido, concretamente la demolición de viviendas. Se debe partir del hecho de que las sentencias dictadas en algunos supuestos se remontan a la última década de los años noventa del siglo anterior.

2. RÉGIMEN TEMPORAL DE APLICACIÓN

La primera duda que surge es si el apartado tercero del artículo 108 introducido por la LO 7/2015 resulta de aplicación a los procesos de ejecución de sentencias dictadas, en algunos casos, hace más de veinticinco años. A este respecto, el Auto de fecha 30 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria dictado en el PO 1715/1998, en virtud del cual se acuerda no formular de momento cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 108.3 LJCA, señala:

«El precepto citado que contiene una norma procesal, incluida en el capítulo IV, referido a la ejecución de sentencias, resulta aplicable a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, con independencia de la fecha de inicio del procedimiento, en fase de ejecución, tal y como establece la Disposición final décima de la LO 7/2015».

En este sentido, cabe añadir que el artículo 108.3 es plenamente aplicable a los procedimientos de ejecución de sentencias que se dictaron con anterioridad al día 1 de octubre de 2015, fecha en la que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Décima de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, entró en

vigor el nuevo apartado 3 del artículo 108, siempre que, obviamente, no constase su completa ejecución. De conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta de la LJCA, relativa a la ejecución de sentencias:

«La ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constase en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma».

De este modo, siempre que la ejecución del fallo, con independencia de la fecha del dictado de la sentencia, conlleve o suponga la demolición de las viviendas cuya licencia se anuló, el precepto de referencia es plenamente aplicable, siempre, eso sí, que concurren todas y cada una de las circunstancias previstas en el supuesto de hecho de la norma.

3. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA

No cabe duda de que con la introducción del artículo 108.3 el legislador pretende garantizar el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente en el artículo 33 de la Constitución a los terceros de buena fe, fomentando la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, de modo similar a la reforma introducida en el artículo 319.3 del Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe. La reforma en la Ley Jurisdiccional Contenciosa seguramente pretende equiparar en buena medida el tratamiento dispensado a los terceros de buena fe en el ordenamiento jurídico-penal.

Cabe recordar que el artículo 319.3 CP señala:

«En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando la circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

Mediante Auto de la Sección Primera de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 2017 se admitió el recurso de casación preparado por parte del Gobierno de Cantabria frente al Auto de fecha 24 de octubre de 2016, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al Auto de fecha 1 de septiembre de 2016 del TSJ de Cantabria dictado

José Vicente Mediavilla Cabo

en ejecución de sentencia en el PO 1991/1998, que efectúa una serie de consideraciones respecto de la interpretación y aplicación del artículo 108.3 LJCA. La Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo indica, en relación al recurso de casación preparado, que la cuestión planteada presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, señalando que la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en determinar

«... si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá que determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podrá llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal».

El citado Auto indica que las normas que deberán ser objeto de interpretación son:

«el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con el artículo 105.2 del mismo texto legal, ambos en relación con el artículo 21 de la Constitución».

En la argumentación del recurso de casación se alude a que la norma que se considera vulnerada por el Auto de fecha 24 de octubre de 2016 del TSJ de Cantabria es el artículo 108.3 LJCA en la redacción dada por la Disposición Final Tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio.

4. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR

Tanto el Auto de fecha 1 de septiembre de 2016 como el de fecha 24 de octubre de 2016, que desestima el recurso de reposición frente a aquel, ordenan continuar con la ejecución de la sentencia dictada en el proceso (que ordenaba la demolición de una serie de viviendas), requiriendo a la entidad municipal a fin de que remita las escrituras de compraventa de los actuales propietarios de las viviendas afectadas por la sentencia de derribo, así como certificación registral y, al Gobierno de Cantabria, para que aporte el correspondiente proyecto de derribo de las viviendas.

El Auto de 24 de octubre de 2016 en su razonamiento jurídico cuarto se basa o fundamenta en lo ya señalado por otro Auto precedente de la misma Sala de lo

Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, al que cita textualmente de forma parcial, de fecha 26 de septiembre de 2016. En ambos autos, el TSJ interpreta que, siguiendo el tenor literal del artículo 108.3 LJCA, lo que se exige es la prestación de una garantía para responder del pago:

«la Sala entiende que el concepto indemnizaciones debidas no puede significar derecho a indemnización declarado y determinado judicialmente, ni en otros procesos ni en el que termina con la sentencia de demolición».

El Auto de 24 de octubre de 2016 considera que

«... el juzgador que dicta la sentencia que implica la demolición para dar efectividad al artículo 108.3 LJCA, únicamente tiene que verificar la presentación de garantías suficientes, a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pueda declararse en un futuro por el daño causado por la demolición acordada o derivada de la sentencia. Y de ahí que la decisión sobre esas garantías que adopte el juzgador no determine derecho alguno al cobro de indemnización, ni prejuzgue ni condicione la resolución del procedimiento administrativo o, en su caso, el proceso judicial que pueda abrirse para la determinación de dicho derecho.

En conclusión, no tiene el juzgador que resolver sobre la existencia o no del derecho a la indemnización, sino que hacer un juicio indiciario para el que cuenta con un criterio legal, que le proporciona el concepto terceros de buena fe, sobre cuyo alcance la Sala se pronunció en el Auto recurrido».

De este modo, al parecer del Tribunal, pese a que el artículo 108.3 LJCA establece la obligatoriedad de prestación de garantías suficientes para responder del pago de indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, lo que en puridad el precepto exige es prestar o constituir las garantías suficientes a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pudiera declararse en el futuro. La citada interpretación del precepto es relevante en fase de ejecución de la sentencia de demolición, ya que, a mi juicio, transforma la indemnización debida prevista en el 108.3 LJCA, que debe ser objeto de afianzamiento, en la prestación de garantía sobre un eventual derecho de indemnización. El carácter debido de la indemnización, tal y como exige la norma, el citado Auto de 24 de octubre de 2016 lo transforma en eventual, posible e incierto.

No cabe duda de que el precepto efectivamente exige la prestación de garantías, como señala el Auto del TSJ. Ahora bien, garantías respecto de las indemnizaciones **debidas** señala el artículo 108.3 no respecto a una cuantía fijada alzadamente, como establece el auto de fecha 1 de septiembre de 2016. Garantía respecto de una indemnización debida y no de una hipotética o eventual indemnización, como interpretan las resoluciones judiciales comentadas.

José Vicente Mediavilla Cabo

El Auto de 1 de septiembre de 2016, confirmado en reposición por el Auto de 24 de octubre, en relación a la suficiencia de la medida de aseguramiento, fija la cuantía a garantizar en el precio de adquisición de las viviendas incrementado en un 30 por 100 y, por lo que respecta a la determinación de los terceros de buena fe, interpreta:

«... (para delimitar) quiénes pueden considerarse terceros de buena fe, en el juicio provisional que corresponde realizar en este momento, a los solos efectos de adoptar y fijar la garantía exigida legalmente, y sin perjuicio de lo que se decida en el procedimiento de responsabilidad patrimonial futuro correspondiente que se tramite al margen de este procedimiento y al encontrarnos con edificaciones autorizadas en su día por la Administración, la Sala acuerda comprender a todos los afectados».

Resulta incuestionable que con carácter previo a la demolición y al requerimiento de aportación del proyecto de demolición deben, por mandato del artículo 108.3 LJCA, haberse prestado las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

5. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN

A mi juicio, la correcta interpretación del artículo 108.3 LJCA supone que las exigencias derivadas de este afectan directamente al procedimiento a seguir en la ejecución de la sentencia, dado que, por imperativo legal, antes de la efectiva demolición de las viviendas, y en el seno del procedimiento de ejecución, deben constar fielmente prestadas las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones correspondientes debidas a terceros de buena fe.

Considero que el artículo 108.3 impone al órgano judicial, en un supuesto concreto y determinado, aquel en que junto a la declaración contraria a la normativa de una construcción ordene la demolición del inmueble, la obligación de exigir como condición previa al derribo la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. De este modo, el precepto circunscribe su ámbito de aplicación a que concurren las dos circunstancias concretas descritas en el supuesto de hecho, no siendo, por tanto, de aplicación a otros supuestos distintos. Solo es de aplicación a los supuestos específicos en que se ordene judicialmente la demolición de un inmueble por haber declarado contraria a la normativa su construcción.

De esta forma, la LO 7/2015, al modificar en este aspecto la LJCA, introduce *ex novo* un trámite en el seno del propio procedimiento de ejecución de este tipo de sentencias, cual es la obligación que incumbe al órgano judicial competente para la ejecución de exigir la previa constitución de garantías suficientes que

respondan ante terceros de buena fe del pago o abono de las indemnizaciones debidas, con anterioridad a proceder a la demolición.

Estimo que la inclusión del citado trámite en modo alguno supone que se desapodere al órgano judicial de la potestad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, aspecto este que analizaré con más detalle posteriormente, sino que se incorpora como algo propio, un trámite más del procedimiento de ejecución de sentencia sin que, en puridad, produzca una suerte de suspensión de la ejecución de la sentencia, dado que, como digo, forma parte del mismo proceso de ejecución de sentencia. La obligación que la norma impone al Juez, consistente en que con carácter previo a la demolición exija las garantías suficientes, no supone en modo alguno que la ejecución se escape del control judicial, reteniendo en todo momento la competencia para hacer efectivo el fallo dictado.

En este sentido, el 108.3 lo que introduce es un deber u obligación de hacer en la ejecución de estos fallos, el deber de garantizar que se anticipa en el tiempo a la obligación de demoler. Un deber cuya exigencia compete al órgano judicial que, insisto, es el único competente para ejecutar el fallo sin previos condicionamientos administrativos.

El artículo 108.3 exige la prestación de las garantías suficientes con el fin de responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe con carácter previo a la demolición. El uso del término debidas denota, sin lugar a dudas, que las indemnizaciones previamente deben estar fijadas, ya que de lo contrario no serían debidas o adeudadas a los terceros de buena fe. Se trata, en este supuesto, de afianzar lo que previamente es debido (la indemnización), correspondiendo la situación de afianzado, exclusivamente, a quien ostente la condición de tercero de buena fe.

La interpretación del artículo 108.3 LJCA no permite ni obliga a prestar garantías suficientes respecto de indemnizaciones no debidas a terceros, por muy probables que resulten. La Ley ha tenido especial cuidado de indicar que la garantía solo debe exigirse en relación a las indemnizaciones ya debidas a terceros de buena fe y no a otros supuestos diferentes, por lo que no es factible la generalización. De no seguirse esta interpretación pudiera obligarse a que por parte de las Administraciones Públicas, supuestamente responsables de la futura lesión (derribo), se prestasen garantías respecto de indemnizaciones no debidas y además sin conocer si efectivamente los supuestos y futuros acreedores, y actuales afianzados, efectivamente ostentan la consideración de terceros de buena fe.

La interpretación que efectúan los autos de referencia, a mi juicio, obvia el carácter debido de la indemnización, tal y como establece el precepto, señalando que al juzgador no le compete declarar derecho de indemnización alguno, dado que lo único que debe efectuar es la verificación de la presentación de garantías

José Vicente Mediavilla Cabo

suficientes, a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pueda declararse en el futuro. Por tanto, la interpretación judicial efectuada supone en la práctica que primero debe ser la prestación de garantías y posteriormente, en su caso, la fijación del importe de las indemnizaciones y la determinación de los acreedores terceros de buena fe.

Lo que resulta de todo punto incuestionable es que el precepto no señala cómo se alcanza el carácter debido de las indemnizaciones. El artículo 108.3 no hace referencia alguna al modo, procedimiento y plazo de fijación de las indemnizaciones, ya sea en vía administrativa o en sede judicial. Lo que sí preceptúa es que, en todo caso, se trata de indemnizaciones debidas, no futuras o posibles, sino debidas, y para que sean debidas previamente, de modo inexorable, debe estar fijado su importe exacto, la entidad o entidades responsables de su abono y el tercero de buena fe acreedor a la indemnización, ya que de lo contrario no nos encontraremos ante indemnizaciones debidas. Estimo que cuando el art. 108.3 habla de indemnizaciones debidas no está aludiendo a posibles indemnizaciones sino a indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles. Razón por la cual son debidas.

El Auto de 24 de octubre de 2016 se aparta de esta interpretación al considerar que el artículo 108.3 LJCA establece un supuesto específico y *sui generis* de tutela judicial cautelar, al tener la decisión que adopte el órgano judicial en relación a las garantías el carácter de provisional y sumario propio del juicio cautelar, que ni prejuzga ni condiciona la resolución definitiva del asunto.

De conformidad con el fundamento jurídico cuarto del auto recurrido, el juzgador se debe limitar a verificar la presentación de garantías suficientes a los efectos de la realización de un eventual derecho a indemnización que pueda declararse en un futuro por el daño causado por la demolición decretada; sin que la constitución de esas garantías determine derecho alguno a la indemnización, ni prejuzgue o condicione la resolución del procedimiento administrativo o judicial que pueda tramitarse al respecto. De esta forma, se pudiera incluso dar el supuesto de obligación de afianzamiento con carácter previo a la demolición respecto de indemnizaciones en un futuro inexistentes.

En modo alguno considero que el apartado introducido en la reforma vulnere el principio de seguridad jurídica o el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ambos previstos en el artículo 9.3 de la Constitución. El art. 108.3 trata de armonizar los intereses públicos y privados que coexisten. Los públicos consistentes en que se restablezca la legalidad urbanística infringida, y nótese a estos efectos que, como he señalado, la medida de exigencia no está prevista para cualquier supuesto, y los privados en que se repare el daño causado por la demolición antes de que esta acontezca, reparación que en modo alguno puede considerarse que afecte negativamente al interés general.

6. DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO

Hacer cumplir o ejecutar las sentencias forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, como así ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde su sentencia 32/1982, de 7 de junio.

Del mismo modo, de conformidad con el sistema constitucional que deriva de los arts. 117.3 y 118 CE, corresponde a los juzgados y tribunales, con carácter exclusivo, la potestad de ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, incluidos los procesos contencioso-administrativos. Y que en el seno de un proceso de ejecución de sentencias contencioso-administrativas la intervención de las Administraciones Públicas no se basa en el recto ejercicio de sus potestades de autotutela administrativa para ejecutar sus propios actos administrativos, dado que nos encontramos en procesos que pretender dar efectivo cumplimiento a una resolución judicial. La actuación administrativa se justifica en la obligación constitucional de cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales, bajo el mandato del deber constitucional de colaboración presente en el artículo 118 CE.

Insisto, la reforma de la LJCA introduce *ex novo* un trámite en el propio procedimiento de ejecución de este tipo de sentencias, cual es la obligación del órgano judicial de exigir la previa constitución de garantías suficientes para responder ante terceros de buena fe del pago o abono de las indemnizaciones debidas. Obligación que la norma impone al Juez, consistente en que, con carácter previo a la demolición, exija las garantías suficientes, sin que la ejecución se escape del control judicial, reteniendo en todo momento la competencia para hacer efectivo el fallo dictado.

A estos efectos, nótese que, a diferencia de otros supuestos, como el resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril de 2013, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en relación con el art. 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril, por la que se modificó la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo de Cantabria, en el presente caso el artículo 108.3 no condiciona directamente al órgano judicial a tener que supeditar la ejecución de la demolición acordada a una previa actuación administrativa con efecto suspensivo. En el supuesto resuelto por la STC 92/2013 la demolición quedaba condicionada a que, por parte de la Administración, se resolviera el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y se efectuara el pago de la indemnización acordada con carácter previo a la demolición. En cambio, el ar-

título 108.3 únicamente mandata al órgano judicial velar por la previa constitución de las garantías suficientes que afiancen el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, sin que del precepto se deduzca la necesidad de que el órgano judicial quede condicionado o no a la previa actuación de la Administración Pública. Por esta misma razón, el legislador estatal no se vio en la necesidad de modificar lo dispuesto en los artículos 105 y 109 LJCA, dado que, insisto, en aplicación del artículo 108.3 no se produce la suspensión del procedimiento de ejecución ni la imposibilidad legal de llevarlo a efecto, sino la inclusión de un nuevo trámite de obligado cumplimiento en el seno mismo del procedimiento de ejecución de sentencia.

En este sentido, el art. 108.3 lo que introduce es un deber de hacer en la ejecución de estos fallos, el deber de garantizar que se anticipa en el tiempo al deber de demoler. Un deber cuya exigencia compete al órgano judicial encargado de la ejecución, que es el único competente para ejecutar el fallo sin previos condicionamientos administrativos.

El hecho de que el precepto no establezca que las indemnizaciones previamente han de estar fijadas en vía administrativa a través de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo diferencia notablemente este supuesto del resuelto por la STC 92/2013. Además, la falta de esa previsión hace precisamente que en modo alguno escape del control judicial la potestad de ejecutar la sentencia que ordena la demolición, dado que la determinación del alcance y efectos de la obligación prevista en el artículo 108.3 se puede y debe plantear, en su caso, como un incidente de ejecución de sentencia, al amparo del artículo 109 LJCA, con el fin de concretar, en el supuesto de que no estén previamente determinadas en vía administrativa, el alcance de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe y su afianzamiento. Todo ello bajo la directa y exclusiva supervisión del órgano judicial, que retiene la competencia para la ejecución de la sentencia, sin que se produzca desapoderamiento alguno en virtud del mandato legal.

No cabe duda de que la constitucionalidad del precepto ofrece series dudas dependiendo de la interpretación que se efectúe de él. Dudas fundamentadas en el control estrictamente judicial que debe existir en todo proceso judicial de ejecución de sentencias, al amparo de lo dispuesto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias 92/2013, 233/2015 y 254/2015, entre otras.

Estas dudas propiciaron que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria planteara a las partes, en un incidente de ejecución de sentencia, su parecer en relación al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Si bien, por Auto de fecha 30 de mayo de 2016, dictado en el PO 1715/1998, acordó no plantear por el momento la cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 108.3 LJCA. La expresión

«por el momento» acrecienta notablemente las dudas al respecto, generando una incertidumbre mayor al respecto.

7. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

El artículo 108.3 debe ser interpretado conjuntamente con lo dispuesto en los artículos 105 y 109 LJCA, entendiendo que el mandato de exigencia al órgano judicial de velar por la prestación de las garantías suficientes en relación a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe se inserta en el procedimiento de ejecución de la sentencia, incidiendo directamente en el citado procedimiento pero sin generar *ex lege* una suerte de suspensión de la ejecución, sino la previsión de un trámite, por cuyo cumplimiento debe velar el propio órgano judicial competente para la ejecución, sin que por ello en modo alguno escape del control judicial. De esta forma, efectuando la citada interpretación del precepto no cabe duda de su plena constitucionalidad, siendo conforme con la doctrina fijada entre otras por las Sentencias 92/103 y 254/2015 del Tribunal Constitucional.

No cabe duda de que el precepto efectivamente exige la prestación de garantías como señalan las resoluciones judiciales comentadas, ahora bien, garantías respecto de las indemnizaciones debidas señala el artículo 108.3 no de una cuantía fijada alzadamente como establece el auto de fecha 1 de septiembre de 2016. Garantía respecto de una indemnización debida y no de una hipotética o eventual indemnización como interpreta el Auto de fecha 24 de octubre de 2016.

Parece más que conveniente un pronunciamiento de la Sala Tercera en relación a qué se debe entender por indemnizaciones debidas, con el fin de despejar las dudas que al respecto se plantean: Si se trata de las concretas indemnizaciones que previamente se han fijado por el procedimiento correspondiente (administrativo o judicial), o si, por el contrario, las indemnizaciones no deben estar previamente fijadas y basta afianzar a tanto alzado una cuantía, dada la posibilidad de su existencia futura, como entienden las resoluciones judiciales que han interpretado el novedoso precepto. Las dos interpretaciones se presentan como posibles y, reconociendo la loable argumentación jurídica llevada a cabo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, personalmente considero que, o bien las indemnizaciones están fijadas previamente en vía administrativa tras la oportuna tramitación del oportuno expediente de responsabilidad patrimonial, tramitado con base en lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o, en otro caso, el órgano judicial competente

para llevar a cabo la ejecución de la sentencia de demolición deberá, vía incidental según disponen los artículos 105 y 109 LJCA, establecer o fijar el carácter debido de las indemnizaciones.

8. TERCEROS DE BUENA FE

Del mismo modo, muchas dudas existen respecto del concepto de tercero de buena fe previsto en el artículo 108.3 LJCA. Para despejarlas se presenta como esencial el pronunciamiento de la Sala Tercera en los recursos de casación interpuestos frente a las resoluciones judiciales adoptadas en los diferentes procesos de ejecución de sentencias que ordenan la demolición de viviendas en Cantabria.

En primer lugar, surge la duda de si el concepto se limita al tercero de buena fe previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria o es un concepto más amplio que abarca a cualquier adquirente o titular de un derecho sobre el inmueble objeto de demolición. El auto de 1 de septiembre de 2016 considera que por tercero de buena fe se entiende cualquier afectado al tratarse de edificaciones autorizadas en su día por la concesión de la correspondiente licencia de edificación. En este sentido basta con que la edificación cuente con el correspondiente título administrativo habilitante (licencia) para que el adquirente del inmueble tenga la consideración de tercero de buena fe; por tanto, un concepto más amplio que el tercero de buena fe hipotecario contemplado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en su razonamiento jurídico cuarto el Auto, cuando señala el importe a garantizar, lo circunscribe a los titulares del derecho de propiedad sobre el inmueble objeto de demolición (actuales propietarios). De esta forma, está excluyendo implícitamente del concepto de tercero de buena fe a cualquier otro titular de un derecho sobre el bien inmueble a derribar, como los arrendatarios, usufructuarios, etc. Carecen, por ello, los titulares de los citados derechos de la posibilidad o, mejor dicho, obligación de que se garanticen las indemnizaciones correspondientes por la ablación de sus derechos como consecuencia de la demolición de los inmuebles. Estimo que el concepto de tercero de buena fe debe abarcar no solo a los legítimos titulares de los inmuebles, sino también, en su caso, a los titulares de otros derechos que pueden concurrir sobre las viviendas. Piénsese en el supuesto de un inmueble con sentencia firme de derribo que pertenece a tres hermanos que lo han heredado de su padre fallecido, y sobre el que la cónyuge viuda del difunto ostenta un derecho de usufructo vitalicio (cautela socini), así reconocido expresamente en testamento. En el supuesto de que efectivamente concurrieran los supuestos legalmente exigidos para que fuese viable una acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento en este caso anormal de la Administración (derivado de la anulación judicial de la licencia y subsiguiente demolición), no cabe duda de

que junto a la indemnización correspondiente al valor del inmueble sería preciso indemnizar a la usufructuaria por la extinción de su derecho y, obviamente, la obligación de afianzamiento abarcaría el citado derecho, ostentando la viuda el carácter de tercera de buena fe.

Dudas interpretativas que igualmente se extienden al concepto de suficiencia de la garantía a prestar, y más cuando las Administraciones Públicas están exentas de la prestación de garantías. A estos efectos baste recordar lo dispuesto en el artículo 35.1.g) de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía para Cantabria, que indica que la Comunidad Autónoma de Cantabria está exenta de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces y tribunales de cualquier jurisdicción. En relación a la suficiencia de la garantía la duda se despeja si las indemnizaciones estuvieran fijadas previamente; en cambio, en el supuesto contrario, el alcance de estas se presenta con un alto grado de aleatoriedad. No atender al carácter debido de la indemnización, fijando como importe de la garantía una cuantía basada en el precio de adquisición aumentada en un 30 por 100, a mi juicio tampoco da cumplimiento a lo establecido en el precepto, dado que no se trata en modo alguno de la garantía del pago de una indemnización debida a un tercero de buena fe. Aunque en ese caso es cierto que la suficiencia de la indemnización *a priori* está cubierta respecto del propietario del bien.

El artículo 108.3 LJCA impone como deber del órgano judicial encargado de la ejecución determinar de forma concreta quiénes son los terceros de buena fe a los que se debe garantizar el pago de las indemnizaciones debidas, ya que solo ellos deben ser titulares del objeto de garantía suficiente, quedando excluidos los que no ostenten tal condición. Tal determinación solo se puede efectuar mediante ratificación de lo señalado en vía administrativa o exigiendo su previa determinación por los procedimientos legalmente establecidos, utilizando para ello los mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla. Por este motivo, la declaración de improcedencia de trámite alguno para su determinación, con independencia de las presunciones existentes, entiendo que no da cumplimiento al mandato legal establecido en el artículo 108.3 LJCA. Resulta incuestionable que la buena fe se presume —artículo 434 del Código Civil—, pero la concreta determinación de los terceros que ostentan tal condición con base en criterios definitivos resulta una obligación del órgano encargado de la ejecución.

9. INDEMNIZACIONES DEBIDAS

El término **debidas** no deja lugar a otra interpretación de que la indemnización deba estar fijada o establecida claramente, por el procedimiento que legalmente

corresponda, y que en trámite incidental el órgano judicial debe velar por la prestación de las garantías suficientes que afiancen su abono, es decir, el pago de la indemnización debida solo a los terceros de buena fe. O la indemnización está fijada en vía administrativa o se debe cuantificar y fijar claramente con anterioridad a la demolición y a la previa constitución de garantías.

Obviamente, si un órgano judicial considera que la correcta interpretación del artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional supone una suerte de suspensión de su potestad de ejecutar lo juzgado por la necesaria y previa intervención de otras entidades deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 108.3 ante el Tribunal Constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El auto de 24 de octubre de 2016, como he señalado, considera que el artículo 108.3 LJCA establece un supuesto específico y *sui generis* de tutela judicial cautelar, cuando el precepto interpretado se enmarca, como he señalado, dentro del Capítulo IV del Título IV, relativo a la ejecución de sentencias al margen, por tanto, de la regulación de las medidas cautelares previstas en el Capítulo II del Título VI de la LJCA. Medida cautelar adoptada con independencia de si efectivamente, como consecuencia de la demolición acordada, surgen supuestos indemnizatorios a favor de terceros de buena fe que han visto suprimidos sus legítimos derechos por una irregular actuación administrativa de concesión de licencias declaradas ilegales.

El intento de separar la obligación de velar por la constitución de garantías suficientes que respondan de las indemnizaciones a terceros de buena fe del hecho de que efectivamente las indemnizaciones estén previamente fijadas con anterioridad al derribo de las edificaciones constituye una buena construcción jurídica que, a mi juicio, tiene el inconveniente de lo dispuesto en el artículo 108.3 LJCA cuando caracteriza expresamente a las indemnizaciones como debidas. Si es debida es porque es líquida, vencible y exigible y, además, tras la reforma debe ser garantizada con anterioridad a la demolición. Si no presenta esas características es porque no es debida.

Considero que el legislador fue muy consciente a la hora de fijar el carácter debido de la indemnización, que no lo hizo por capricho. Que fue muy consciente de la trascendencia práctica de su enunciado. Y ello porque una secuencia lógica del proceso prefigura el siguiente *iter* temporal: licencia de construcción, anulación de la licencia por sentencia firme que ordena la demolición, declaración de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la sentencia de demolición, aseguramiento del abono de la citada indemnización y, por último, demolición, que es efectivamente cuando se produce la lesión como daño antijurídico.

10. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo —por todas sentencias de fecha 31 de mayo de 2011, RC 944/2007, y sentencia de fecha 6 de junio de 2011, RC 1380/2007—, ha señalado que la lesión como requisito imprescindible para que nazca un derecho de indemnización, en el supuesto de resoluciones que ordenen el derribo de un inmueble amparado por licencia como consecuencia de la declaración de ilegalidad de esta misma, exige como requisito imprescindible su efectividad, la cual se alcanza precisamente con la demolición del bien. Así, es preciso que se produzca efectivamente la demolición para que a partir de ese momento se produzca la efectividad del daño y, por tanto, la generación del derecho a la indemnización siempre y cuando concurren el resto de presupuestos del instituto de la responsabilidad patrimonial configurados en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De esta regla general, la jurisprudencia únicamente excluye entre otros los llamados daños morales sufridos por los titulares de derechos, que pueden ser efectivos a partir del dictado de las resoluciones que ordenen el derribo, y otros tipos de daños que materialmente se pueden producir con el dictado de una sentencia de derribo.

«Si en esa sentencia indicábamos que “tal demolición no se ha llevado a cabo e incluso se están planteando soluciones alternativas al efecto, que en cualquier caso y aun cuando de momento no hayan prosperado, lo que es indiscutible es que la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación formulada por el Ayuntamiento, que es libre de reclamar sucesivamente los gastos parciales que la ejecución le vayan suponiendo en lugar de atender al resultado final de la ejecución, pero que no puede fundar su reclamación en la exigencia de unos perjuicios o gastos posibles o eventuales que al no haberse materializado carecen de la condición de daño real y efectivo que resulta exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se reclama. Menos justificación tiene la genérica referencia al reintegro de todos los gastos necesarios que se le produzcan como consecuencia de la orden de demolición de lo construido, que además de no concretarse se refieren a eventuales daños que carecen igualmente del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración como fundamento de una reclamación de esta naturaleza” (fundamento de derecho sexto, último párrafo), lo mismo debemos decir ahora, en cuanto al daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

José Vicente Mediavilla Cabo

Cierto es que con la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos no encuadrables en el daño moral reconocido y del que más tarde nos ocuparemos, y valga a título de ejemplo los expresados por los recurrentes en el escrito de interposición (imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición ya no solo por los adquirentes sino también por la promotora; imposibilidad o dificultad de que dichos inmuebles garanticen obligaciones; imposibilidad de ejecución derechos de mejora, de reforma, etc.), pero no es menos cierto que esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura».

Sentada la anterior premisa he de señalar que ello no es óbice para que, sin perjuicio de la no demolición de la construcción, las Administraciones puedan indemnizar a los titulares de derechos sobre las viviendas tras la tramitación de los correspondientes procedimientos, siempre que tras la resolución que ordene el derribo se ponga el inmueble a disposición de la Administración. De este modo, hasta la introducción del 108.3 LJCA nuestro ordenamiento jurídico permitía indemnizar antes de derribar si así la Administración y el perjudicado lo acordaban, pero en el supuesto de que la Administración no se aquietara no se la podía obligar a indemnizar antes de la demolición, dado que el daño no es efectivo y, por tanto, no se cumplía uno de los requisitos del daño junto a su individualización, cuantificación y antijuridicidad.

De este modo, sin derribo no existe el daño material efectivo y, por ende, no se genera derecho a la indemnización. Ahora bien, el legislador, conocedor de esa situación, a través del artículo 108.3 LJCA considero que ha pretendido de forma intencionada alterar ese régimen y, en el supuesto de hecho concreto y específico de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles (viviendas), sea necesario y no solo facultativo que con carácter previo a la demolición deban estar fijadas las indemnizaciones procedentes a los terceros de buena fe titulares de derechos sobre los inmuebles afectados. Fijadas las indemnizaciones y garantizado su pago de modo efectivo. Considero más que probable que el legislador haya buscado esa alteración de modo consciente, que, antes de efectivamente derribar, en todo caso las indemnizaciones estén determinadas, y además que el órgano judicial se asegure que estén adoptadas las garantías precisas que aseguren su pago por parte de las Administraciones responsables. Lo que hasta el 1 de octubre de 2015 era una posibilidad tras la LO 7/2015 se ha convertido en una obligación, en un deber de cuyo cumplimiento el órgano judicial debe velar por mandato legal.

De este modo sí que se garantiza de modo real y efectivo el derecho de los legítimos titulares de derechos sobre los inmuebles objeto de demolición con carácter previo a esta. Así, nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la previa y justa indemnización por el valor de los derechos que

van a ser objeto de ablación, y garantizado su pago. El artículo 33 de la Constitución Española consagra que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la correspondiente indemnización de conformidad con lo dispuesto en las leyes. Previa indemnización que, en aras de la garantías del derecho de propiedad, no se debe circunscribir exclusivamente al ámbito específico del instituto de la expropiación forzosa, sino también a aquellos supuestos en los que los legítimos propietarios de derechos sobre bienes inmuebles (viviendas), por cuestiones ajenas a ellos y debido a un funcionamiento anormal de los servicios públicos, se vean privados de ellos. A estos efectos, cabe recordar la estrecha vinculación existente entre el instituto de la responsabilidad patrimonial y el de la expropiación forzosa, hasta el punto de que el reconocimiento legal de aquella se produjo en nuestro país por primera vez en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Por tanto, no se puede demoler sin que previamente estén fijadas las justas indemnizaciones y garantizado su abono por parte de la Administración responsable. Determinación de la cuantía, de los terceros de buena fe y de su aseguramiento, todo ello dentro del proceso de ejecución de la sentencia de derribo y, por tanto, en la esfera de la estricta competencia del órgano judicial responsable de la ejecución de forma plenamente respetuosa con el artículo 117 de la Constitución Española; bien porque la determinación de la indemnización se haya producido en vía administrativa o, en su defecto, dentro del seno del proceso de ejecución de sentencia.

En definitiva, muchos interrogantes surgen en la interpretación y aplicación práctica del precepto, para lo que se hace indispensable un expreso pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que les dé respuesta, fijando jurisprudencia al efecto que sirva en todo caso para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, el interés público tutelado por la Ley y los legítimos derechos de los terceros de buena fe afectados por la demolición de los inmuebles. Como señala el Auto de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 2017, dictado en el Recurso de Casación 137/2017, la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en determinar:

«Si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal».

11. BIBLIOGRAFÍA

BARJADÍ PASCUAL, G., «Sobre el nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa relativo a la demolición de construcciones declaradas ilegales por sentencia», *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2016.

CASTANEDO GARCÍA, M.E., «Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.A., *Sistema de Derecho Administrativo II*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUIZ LÓPEZ, M.A., «La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n.º 35/2015.

SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El artículo 108.3 de la LJCA: la ejecución de sentencias de derribo y las garantías de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe», *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.